Q. D. F. F. E. J.

DISSERTATIO JURIDICA, DE LL. ROMAN. RIGORE ERGA MILITES.

QUAM,

DIVINA ASPIRANTE GRATIA,

SUB PRÆSIDIO

VIRI EXCELLENTISSIMI, AMPLISSIMI,

atq; CONSULTISSIMI,

DOMINI

JOHANNIS JACOBI SCHERZII,

Inſtitut. Imperial. Prof. Publ. Ordinarii,

IN ALMA ARGENTORATENSIUM UNIVERSITATE

A. D. 12. Octobr. An. Sal. Rec. M DCC XXX.

horis locoque ſolitis

SOLENNI & placidæ Eruditorum Cenſuræ

ſubjicit

JOH. GODOFREDUS STOESSER, Argent.

ARGENTORATI,

Literis GEORG. ADAMI PIESCKERI, *Univerſ. Typogr.*

14
16

Biblioteca Nazionale V.E. III NAPOLI

Digitized by Google

DEO,

PATRIÆ,

PATRONIS

ATQVE

AMICIS.

Digitized by Google

B. C. D.

PROOEMIUM.

QUantam olim Romani Militiæ habuerint curam, vel ex variis de Militia latis legibus (*a*) ac privilegiis ſoli ſago conceſſis ſat perſpicue apparet. Hinc deſcendit, quod in numerum Militum non conſcriberentur, niſi qui cives & ingenui eſſent; hinc ignominia notandos cenſuerunt eos, qui Militiam ſubterfugerent; (*b*) hinc multa alia ſingularia in Juris Juſtinianei Corpore de Militibus conſtituta

(*a*) *Cicero Lib. III. de LL.*
(*b*) *Cicero in Orat. Philipp. Sept.*

Digitized by Google

occurrunt tum favorabilia tum rigoroſa. De illis memini, Illuſtre quoddam, quo Patria noſtra gloriatur, Militiæ & togatæ & ſagatæ membrum, ante aliquot annos Diſſertationem luci publicæ donaſſe. Liceat mihi de his pauca quædam in præſenti proferre, atque pro viribus oſtenſum ire, quod plura etiam in Legibus Juſtinianis deprehendantur, quæ rigorem potius quam favorem erga Milites ſapiunt. Ut autem hoc meum inſtitutum felici gaudeat ſucceſſu, Divinum Numen ardentiſſimis defatigo ſuſpiriis, quo conatui meo ex alto benedicat, mihique ad legitime tractandam hancce materiam vires neceſſarias largiatur. Te vero B. L. eo, quo par eſt, modo rogatum cupio, ut haſce qualeſcunque levi calamo exaratas paginas æqui bonique conſulas, atque errores, qui forſan irrepſere, ſcribentis juventuti condones; Id quod à Te eo facilius me obtenturum ſpero, quo certior cum Cicerone (*c*) ſum, quod optimus etiam ac graviſſimus quisque confiteatur, ſe multa ignorare, & multa ſibi etiam atque etiam eſſe diſcenda. *Mili-*

(*c*) *Lib. III. Tuſcul. Quæſt.*

Digitized by Google

CAP I.

Militibus non licet comparare prædia in illis Provinciis ſita, in quibus militant.

§. I.

Qui prædia ſibi comparant, non parum utilitatis exinde hauriunt, vel enim ipſi tunc prædia colunt, ac de neceſſariis ad vitam ſuſtentandam & commode tranſigendam rebus ſibi proſpiciunt, vel, ſi aliunde habeant, quo vivant, variis adhuc modis commodum ſuum promovent; nam poſſunt alii prædiorum uſum, vel ad tempus,

Digitized by Google

vel perpetuo pro certa mercede vel canone certo concedere. Prius qui faciunt, contractum locationis & quidem rerum (*a*) ineunt; quo celebrato conductor re locata in ſuam utilitatem uti poteſt, & quidem, ſi res ſimpliciter tantùm, non vero cum certa determinatione, locata fuit, ad eum effectum, ut etiam alii iterum uſum concedere poſſit. Uſus enim vocabulum in hoc contractu non accipitur pro nudo & perſonali uſu, ſed plenius, ut à conductore etiam alteri concedi poſſit (*b*); Locatori vero competit actio adverſus conductorem ad mercedem debito tempore præſtandam, rem conductam finita locatione reſtituendam, damnum quoque dolo vel culpa ejus datum reſarciendum (*c*). Poſteriorem qui ſeligunt modum, Emphytevſin conſtituunt, vi cujus Emphyteuta, in quem per hunc contractum utile dominium transfertur, tenetur, ut rem Emphyteuticam melioret, & quotannis certam penſionem ſeu canonem pro ea ſolvat in recognitionem dominii directi (*d*). Quanquam Emphyteuſin retulerim inter modos, quibus rei uſus perpetuo concedatur, exinde tamen non nego, eam interdum etiam pactis

(*a*) *L. 9. pr. D. Locat. & Conduct.*

(*b*) *L. 6. C. & 7. D. Locat. Conduct.*

(*c*) *L. 17. 25. & 28. C. de Locat. & Conduct. L. 7. 8. & 9. D. Eod.*

(*d*) *§. 1. Inſt. de Locat. & Conduct. & t. t. C. de Jur. Emphyteut.*

pactis temporalem fieri, & vel ad vitam, vel ad aliud brevius tempus reſtringi poſſe; hoc enim & in Emphyteuſi Civili & Eccleſiaſtica obtinere optime perſuaſum habeo; quia vero regulariter perpetuo concedi ſolet, id eſt, ita, ut tranſeat ad quoscunque heredes, hinc eam illuc retuli.

§. II.

Nunc autem prædia ſibi comparare, & utilitatem ex iisdem capere ordinarie ii poſſunt, qui contrahendo valide ſeſe obligant; & omnes ad contractus ineundos admittuntur niſi, qui vel à natura impediuntur, vel à Legibus prohibentur. Impediuntur ob defectum rationis furioſi, mente capti; (*a*) ob ætatem teneram vel minus aptam ad negotia civilia infantes, & infantiæ proximi pupilli ſine tutorum conſenſu (*b*). Prohibentur vero pupilli, & minores judicio alias pollentes ſine tutorum vel curatorum auctoritate ac conſenſu (*c*). Quibus ad-

(*a*) *L. 5. & 40. D. de Div. Reg. Jur. L. 70. §. 4. D. de Fidejuſſ. L. 2. C. de Contrah. Emt. & Vendit.*

(*b*) *§. 9. Inſt. de Inut. Stipul. L. 14. D. de Sponſal. L. 18. C. de Jur. Delib.*

(*c*) *L. 3. C. de Inintegr. reſt. junct. L. 6. D. de V. O.*

Digitized by Google

dę prodigos, (*d*) quamvis enim hi conſentire poſſent, & ſic contractus celebrare, quia tamen Leges cavent, ne deteriorem ſuam faciant conditionem, & ad eorum contractum tutorum ſeu curatorum auctoritatem neceſſario requirunt, nec hi ſoli contrahere efficiaciter, aut prædia ſibi comparare poterunt.

§. III.

Hac ita ſtante regula, quis ſibi perſuadebit, milites à prædiorum comparatione excludi? cum notum habeat, militiam ſuſcipiendis obligationibus, ineundis contractibus, ac peragendis aliis actibus juridicis eo minori eſſe impedimento, quo faciliorem ad eorum celebrationem Leges militibus oſtenderunt viam, ſolennitates, à paganis neceſſario ad hibendas, iisdem remittendo. Attamen hi prohibentur ſibi comparare agros in illis Provinciis, in quibus bellica opera peragunt, & quandoque ne quidem ſub alieno nomine; hinc deterioris omnino ſunt conditionis ac pagani, qui ex prædiorum uſu non parum utilitatis, quæ militibus hoc in caſu interdicta eſt, percipiunt.

§. IV.

(*d*) *L.* 1. 6. 10. 16. *D. de Curat. Fur.*

Digitized by Google

§. IV.

Occurrit hic rigor erga milites in *L.* 9. *&* 13. *D. de Re Milit.* Cujus duplicem quidem rationem deprehendo, quarum altera habetur in *L.* 13. hic allegata, ſcil. ne ſtudio culturæ à militia ſua avocentur, quod, ut eveniat, neceſſe eſt, ſi debitam agrorum habere velint curam; Altera traditur & priori annectitur in *L.* 31. *C. Locat. & Conduct.* nimirum ne præſumtione cinguli vicinis graves ſint & uſu armorum poſtpoſito ad opus rureſtre ſe conferant. Sed an hæ duæ rationes ita ſolidæ ſint, ut rigorem huncce ceſſare faciant, penitius inſpicienti & examinanti illas patebit.

§. V.

Primam rationem non ſatis firmo niti fundamento, ex eo patet, quod Leges militibus concedant aliquando habere prædia in illis etiam provinciis, in quibus militant. Permittitur enim illis in *L.* 9. *D. de Re Milit.* paterna prædia, quæ à fiſco diſtrahuntur, comparare; Si ergo hoc in caſu ſtudio culturæ militiâ ſuâ non abſtrahuntur, nec etiam in propoſito caſu §. 4. præcedentis a militia avocantur, cum eadem ſit ratio culturæ prædiorum paternorum, quam non paternorum. Conceditur porro militibus, prædia urbana, ædificia habere, ut & agros, in alia, quam ubi militant, provincia ſitos; curas enim oecono-

œconomicas aliis poſſunt committere, ut ſic nullo modo impediantur, quo minus militiæ officio, cui adſtricti ſunt, rite fungantur. Si itaque his in caſibus ratio ceſſat, nec in noſtro caſu obſtare debet, cum eandem viam eligere queant, mandando ſcil. curam prædiorum ruſticorum, quæ ſibi compararunt in provincia, in qua bellica peragunt opera, alii. Non ergo video, quomodo ſine rigore militibus comparatio & acquiſitio prædiorum, in illis provinciis, in quibus militant, interdici poſſit. Poſteriorem in *L. 31. C. Locat. & Conduct.* traditam rationem quod attinet, nec illa ſolida videtur; quomodo enim milites vicinis graves exiſtere poſſunt, cum ratione prædiorum eodem jure,. quo vicini, gaudeant, & favor militum, prædiorum intuitu, non eo usque extendatur, ut inde præjudicium creetur tertio, nempe vicino; nullibi enim legitur, milites ratione prædiorum alio uti jure, quam communi; quidquod vicinis, qui damnum metuunt, cavere poſſint de non turbandis eorum juribus, ac de non deteriorandis ipſorum prædiis; ut ita ipſis nullo modo graves exiſtant præſumtione cinguli. Unicum igitur & totum argumentum, quod pro excuſando hoc rigore adduci poteſt, in eo conſiſtit, quia Reipublicæ intereſt, ne pluribus negotiis ac aliis quam militaribus milites implicentur, & ſic à ſuo officio bene obeundo diſtrahantur.

CAP. II.

CAP. II.

Quod milites aliena prædia conducentes fiant infames.

§. I.

INfamiam eſſe maculam ex turpi & illicito facto contractam, propter quam exiſtimatio cujusdam læditur apud alios, apparet *ex L. 5. §. 1. D. de Extraord. cognit. L. 14. 15. 17. & 20. C. Ex quib. cauſ. infam. irrogetur.* Quia vero aliud turpe factum à Jure Civili ipſo notatur, aliud non, alia infamia juris, alia facti dicitur. Infamia facti originem trahit ex facinore aliquo, quod ſine ſpeciali Legis Civilis notatione ſive mediata ſive immediata, gravium & honeſtorum virorum judicio turpiſſimum cenſetur; ita ſi quis ancillam ſtupraverit, hæc facti infamia incurritur. (*a*) Idem eſt ſi quis propter dolum in judicio non famoſo ſit comdemnatus. Juris autem infamia eſt, quæ ex turpi facto contracta Juris auctoritate, vel mediate, accedente ſcilicet Judicis ſententia, vel immediate à Lege ipſa irrogatur. Et hac notari Leges cenſent

 eos

(*a*) *L. 25. C. Ad Leg. Jul. de Adult.*

eos, qui de perfidia aut de delictis doloſis ſuo nomine condemnantur. Sic ob crimina in judiciis publicis infames fiunt, qui ob adulterium, prævaricationem in judicio admiſſam, inceſtum, Lenocinium & ſimilia, ſententiam patiuntur, ob delicta privata autem, qui furtum, rapinam, & injuriam committunt.

§. II.

Ob delicta igitur tum publica tum privata juſtè condemnatis infamiam inferri notiſſimi juris eſt. Contractus vero quod attinet, in illis non omnis de dolo convictus infamia hac inuritur, cum in contractibus non principaliter de dolo ſed de præſtatione ejus, ad quod quis ſe per contractum obligavit, quæſtio ſit; regulariter ergo ob dolum in contractu commiſſum nemo fit infamis; dico regulariter; quia nonnulli contractus in Jure occurunt, ubi, qui doloſe ac malitioſe verſatur, ac ob dolum directo condemnatur, infamia notatur, illi nempe, in quibus de ſingulari fide, ad quam alter contrahentiū reſpexit, rupta agitur. Et horum quatuor occurrunt *in §. 2. Inſt. de Pœn. tem. litig.* nimirum Societas, (*a*) ſocii enim quaſi fratres ſunt, (*b*) unde gravior eſt inter eos dolus admiſſus; Depoſitum & Mandatum, quia turpe admodum

(*a*) *L. 1. D. de His, qui not. infam.*
(*b*) *L. 63. D. Pro Soc.*

Digitized by Google

mòdum habetur (c), duas illas res ſanctiſſimas, fidem & amicitiam violaſſe (d), denique Tutela (e); tanta enim fides à Tutore, quanta à Patre, requiritur, ut hinc perfidia merito in eo notanda ac punienda veniat.

§. III.

Soli hi quatuor antea recenſiti contractus infamant illum, cujus perfidiam vel dolum directa perſequimur actione; alios contractus qui celebrat, eum ob commiſſum dolum infamia non ſequitur, multo minus, ſi dolus omnis exulat, & legitime ineuntur. Tantum abeſt, ut ad contrahendum ſeſe accingere pro facto infami habeatur à Legibus, ut potius quemlibet ad conventiones & ſynallagmata invitent. Hinc maxime miror eas Leges, quæ ob contractum Conductionis bona fide initum infamiam in certo caſu irrogant paciſcenti, ex eo ſolo, quod conduxerit, cum tamen in Locatione Conductione non ad præſtandam fidem ſingularem reſpiciatur; ac publice interſit, prædia non jacere vacantia, ſed ſuum quodque habere poſſeſſorem & cultorem, qui uſum exinde percipiat. Conductionem eſſe contractum conſenſualem, quem inire poſſunt omnes, qui validè ſe

 obligare

(c) *L. 6. §. 5. D. de His qui not. infam.*
(d) *L. 10. C. Depoſ. vel contr.*
(e) *§. 6. Inſt. de ſuſpect. Tut. L. 4. §. 1. & 2. D. Eod.*

obligare valent, etiam tyronibus notum eſt. Quî ſit igitur, ut Milites, quos alioquin ſummo favore dignos Jura judicant, à Conductione ſub pœnis variis, infamiæ quoque arceantur; ac quod cuivis paganorum licet, ipſis tam ſevere interdicatur.

§. IV.

Rigorem hunc nobis ſiſtit *L. fin. C. Locat. & Conduct.* quæ vult, ut ab omni conductione alienarum poſſeſſionum temperare ſibi debeant Milites, & qui contra faciunt, militiæ gradum amittant ſine regreſſu ad priſtinum ſtatum, fiantque ex militibus pagani, ex decoratis infames, & fundum conductum ſtatim reſtituant. Nititur hæc Lex his præcipue rationibus, quod I.mo Militibus ſordida ſit poſſeſſio alienarum conductionum; II.do quod metuatur, ne prædia aliena conducentes relictis ſtudiis publicis, ſignisque victricibus, armorum atrocitatem non in hoſtes oſtendant, ſed contra vicinos, & forſitan etiam adverſus ipſos miſeros colonos, quos procurandos ſusceperint, convertant. Sed hæ rationes mihi non obſtare videntur, quo minus rigoris accuſari poſſint Leges in hoc caſu.

§. V.

Prima ratio, quod ſordidum & indecorum ſit Militi, res alienas conducere, allegatur quidem, ſed

ſed non probatur; cur enim Militum tantum intuitu conductio alienarum poſſeſſionum ſordida eſſe debet, non autem paganorum, cum tamen talis poſſeſſio militiæ ſtudio non contrarietur, Miles enim, vel alii curam committere poteſt, vel etiam rem conductam æque idoneo ad eundem uſum locare, ut ita ad opus rureſtre ſe ipſum non conferat. Alteram quod concernit rationem, nec illa ſat ſolida & ſtringens videtur; nam non ſequitur, metus adeſſe poteſt, ne milites ſuo jure abutantur, ergo ipſis hoc non eſt concedendum; idem eſſet ſi dicerem, metuitur ne conductor re male utatur, ergo à Locatione Conductione eſt arcendus. Accedit etiam analogia Juris nobis favens, Decuriones enim, quorum eadem fere conditio eſt ratione conductionis, quæ Militum, ſi jure ſucceſſionis remaneant in conductione, poſſunt habere prædia conducta (*a*), & hoc in omnibus ſimilibus obſervatur, ergo etiam in militibus; Si itaque in hoc caſu non ſordida eſt poſſeſſio alienarum conductionum, nec metus hic locum habet, cur in noſtro caſu hoc obtinebit, cum tamen eadem ſit ratio. Et hinc Belgarum moribus hanc *Legem ult. C. Locat & Conduct.* & quidem merito in deſuetudinem abiiſſe, cum plurimis aliis teſtatur Grœnwegen ad *L. 31. C. Locat.* quod Idem etiam ad *L. 30. C. Eod.* de prohibita Decurionibus conductione aſſerit. *Add. Chriſtin. Vol. 4. Dec. 3. 12. 5.* In Germania quoque

B 3 plura

(*a*) *L. 4. D. de Decur.*

plura adeſſe exempla, quod milites ad conductionem prædiorum admiſſi fuerint, qui curas œconomicas ſuis adminiſtratoribus reliquerunt, teſtatur *Stryck in V. M. Lib. XIX. Tit. II. §. 66.*

§. VI.

Rebus ſic ſtantibus tuto concludo Leges non exiguum rigoris erga Milites hoc in caſu exhibuiſſe; dum eis non tantum militiæ gradum ſine regreſſu ad priſtinum ſtatum adimunt, & rem conductam retinere prohibent, ut fortaſſis poſtea non habeant, quo ſe vertant, ſed etiam inſuper pœna gravi, delicto proportionata afficiunt. Famam enim eorum, rem pretioſiſſimam, & omnibus divitiis præferendam, honeſtam ſcilicet exiſtimationem apud viros graves *(a)* ſuggillant, ex nulla alia ratione, quam ob celebratum absque omni dolo contractum. Infames ergo fiunt, id eſt tales, qui a bonorum & honeſtorum hominum conſortio excluduntur, & ideo infeliciſſimæ redduntur conditionis illi, quibus Leges aliâs tam ſpecioſa privilegia largiuntur.

CAP. III.

(*a*) *L.* 38. § 9. *D. Ad Leg. Jul. de Adult. L.* 36. *D. de Fideic. Libert. §.* 2. *J. de Suſpect. Tut.*

Digitized by Google

CAP. III.

Mulier à Milite ſtuprata & in contubernio babita non poteſt eſſe heres in teſtamento militari.

§. I.

CUm in Teſtamentis condendis ſumma diligentia & ſcrupuloſæ ſolennitates olim requirerentur, (*a*) quæ nec à quovis ſubditorum, nec in omni caſu adhiberi & obſervari poterant, eapropter illæ aliquando per privilegia ſpecialia certis perſonis & in certis caſibus remiſſæ ſunt; & inde talia teſtamenta vocantur minus ſolennia & privilegiata. Varia autem exempla teſtamentorum minus ſolennium & privilegiatorum in Jure noſtro occurrunt; ſic teſtamentum Principi oblatum, aut actis inſinuatum ſeu judiciale, nullas deſiderat ſolennitates, nullos teſtes: Præſentia enim Principis omnes ſolennitates ſupplet (*b*) & ſuperfluum eſt privatum teſtimonium, ubi publica adſunt monumenta. (*c*) Sic porro in teſtamentis à ruſtico conditis quinque

(*a*) *L. 12. pr. D. de Injuſt. rupt. & irrit. teſt. L. 88. §. f. D. de Leg. II. L. f. C. de Teſt.*

(*b*) *L. 19. C. de Teſt.*

(*c*) *L. 31. C. de Donat.*

Digitized by Google

quinque teſtes (*d*) & ſecundum praxin variorum locorum etiam pauciores ſufficiunt. In teſtamento Parentum inter liberos nulli requiruntur, (*e*) dummodo à parente ſit ſcriptum aut ſaltem ſubſcriptum, aliâs duobus teſtibus opus eſt, qui tamen non ſolennitatis gratia adhibentur, ſed tantum probationis cauſa; idem etiam obtinet in teſtamento ad pias cauſas (*f*) nec non hodie in teſtamento tempore peſtis aut alius morbi contagioſi condito ſufficit, duos adhibuiſſe teſtes. (*g*) Tandem etiam privilegium ſine ſolennitatibus teſtandi conceſſum eſt militibus, ob multitudinem periculorum, quibus in expeditionibus pro Republ. ſunt ſubjecti, non autem duntaxat propter nimiam imperitiam, ut vult *pr. Inſt. de Teſt. Milit.*, alioquin etiam aliis jurium imperitis idem eſſet concedendum, ſi hæc ratio ſtaret. Nullæ ergo ſolennitates ad teſtamentum militis neceſſariæ ſunt, ſed in illo tantum deſideratur id, quod aliâs ad voluntatis declarationem & probationem requiritur; Quocunque enim modo diſpoſitio ejus ſuprema inveniatur, ſive ſcripta, ſive ſine ſcriptura, valet teſtamentum ex ſola voluntate. (*h*)

§ II.

(*d*) *L. f. C. de Teſt.*
(*e*) *L. 21. & Auth. Quod ſine C. de Teſt. L. ult. C. Famil. Erciſc.*
(*f*) *C. Relatum* 11. *X. de Teſt.*
(*g*) *Gail.* 2 *O.* 118. *num.* 18.
(*h*) *Pr. Inſt. de Teſtam. Milit.*

§. II.

Hicce favor autem, ac privilegium militibus ratione teſtamentorum conceſſum, non tantum obtinet in caſibus, ſi perſonas Jure Communi non prohibitas heredes inſtituunt, ſed ulterius extenditur, ut etiam poſſint tales perſonas heredes ſcribere, quas paganus non poteſt, & quæ aliâs Jure Communi non admittuntur. Secundum Jus Commune enim tantum illi heredes inſtitui poſſunt, cum quibus eſt teſtamenti factio, quamvis non activa, ſaltem paſſiva. Militibus vero permiſſum eſt, ut heredes ſcribere poſſint incapaces, ſeu eos, qui ex aliis paganorum teſtamentis nil capiunt, ex. gr. deportatum & peregrinum *(i)*; in teſtamento Militis enim non obſervatur ſcrupuloſitas Juris Civilis, ſed æquitas magis ac ſimplicitas Juris Naturalis. Alia ſingularia jura, Militibus ratione teſtamentorum conceſſa, ſilentio nunc prætero, cum inſtitutum meum non ſit, favores Legum erga Milites exponere.

§. III.

Si itaque favor Legum eſt, quod ex militari teſtamento perſona, Jure Communi heres eſſe prohibita, admittatur ad hereditatem, ita odium Legum eſt, ſi perſona etiam Jure Communi teſtamenti factionem habens, in militari teſtamento heres ſcripta repellatur, hereditatemque adire prohibeatur. Hinc

C merito

(i) *L. 13. §. 2. D. & L. 5. C. de Teſt. Milit.*

Digitized by Google

merito rigoroſæ videntur Leges, quæ militibus ea denegant, quod paganis concedunt.

§. IV.

Siſtit nobis rigorem hunc *L.* 14. *D. de His quæ ut indign. auſer. & L.* 41. §. *1. D. de Teſtam. Milit.* cavens, ne mulier ſtupro per militem cognita, & in contubernio habita, ex Teſtamento militis aliquid capiat, ſed illi relictum tanquam indignæ auferatur, & ſi intra annum miſſionis mors Militis contingat fiſco cedat relictum. Rigoris hujus excuſandi ratio in dictis Legibus hæc traditur, quod ſcilicet in talem perſonam turpis cadat ſuſpicio, quodque illa inter eos reputanda ſit, qui indigni ſunt relicta hereditate.

§. V.

Verum enim vero male ICtum ſic argumentari: turpis ſuſpicio in aliquem cadit, ergo non poteſt heres inſtitui, ex eo patet, quod talis perſona aliâs habilis ad ſuccedendum & ab inteſtato & ex teſtamento habeatur, nec facile, niſi ubi frater vel ſoror ſine juſta cauſa exheredatur, ab hereditate excludatur. Imo concubinas ex teſtamento capere poſſe expreſſe dicitur in *L.* 41. §. 5. *D. de Leg. III.* Jam autem mulier, quam miles in contubernio habuit, ſi non concubina *in LL.* vocetur, concubinæ tamen loco erit. Jure Civili vero concubinatum utpote nec Juri Naturali directò contrarium, permiſſum fuiſſe, nec punitum, in confeſſo eſt, & clare probatur ex Legi-

Legibus. (*k*) Hinc etiam à concubina ſuſceptos aliquo modo agnoſcunt Leges Civiles, ipſisque varia concedunt beneficia, uti patet *ex Nov.* 89. *præf. add.* & *L.* 3. §. 1. *D. de Concubin.* Si itaque paganus concubinæ aliquid potuerit in teſtamento relinquere, cur deterioris hoc in caſu conditionis, quam pagani, debent eſſe milites? qui, præterquam quod vitam pro ſalute publicâ exponant, etiam aliàs maximo favore à Legibus contra communes Regulas afficiuntur. Cui præferentiæ ruinam certe minatur & parat hoc aſſertum, eo ipſo, dum iterum reſtringit liberrimam ipſis alioquin datam teſtandi facultatem, contra *pr. Inſt. de Teſt. Milit.* dumq; regulam illam, quod Miles libero arbitrio omnes heredes ſcribere poſſit, etiam incapaces, (*l*) penitus ſubvertit.

CAP. IV.

Miles in obſidione amiſſus ſeu occiſus non cenſetur pro patria mortuus per gloriam vivere, hinc nec patri ad excuſationem à ſuſcipienda tutela prodeſt.

(k) *L.* 5. *C. Ad Senatus Conſult. Orfician. ibi: licita conſuetudo.* & *t. t. D.* & *C de Concubin.*

(l) *L.* 13. §. 2. *D.* & *L.* 5. *C. de Teſt. Milit.*

§. I.

Cum Jus Naturæ dictitet, ut illi, qui vel ob ætatem, vel ob defectum rationis ſibi ipſis proſpicere non valent, aliorum auxilio & auctoritate regantur; (a) optime tutores & curatores à Legislatore Civili ſunt conſtituti; quorum officium eſt, ut non tantum perſonarum, ſed etiam bonorum pupillarium curam habeant. Publici enim quam maxime intereſt, ne perſonæ, quæ propter ætatem, vel alium defectum, ſe ipſas defendere nequeunt, indefenſæ maneant, vel bona earum diſtrahantur: Hinc muneris hujus ac tutelæ capaces inviti ſæpius ad illud ſubeundum coguntur, ac citra voluntatem ſuam variis ſubjiciuntur oneribus atque moleſtiis, niſi juſtas habeant excuſationis cauſas.

§. II.

Variæ autem ſunt cauſæ, quæ tutores à ſuſcipienda tutela liberant, quas omnes recenſere, nec animus, nec etiam opus eſt. Sufficit nobis, ut propius ad inſtitutum noſtrum accedamus, hic annotaſſe, quod vacationem à Tutela etiam numerus liberorum præbeat (b), trium Romæ, quatuor in Italia, & quinque in provinciis, ſuperſtitum ſcil. vel eorum, qui pro viventibus habentur, mortui namque hic non computantur (c); ad ficte viventes referuntur ii, qui

(a) §. 6. *Inſt. de Attit. Tut.*
(b) *Pr. Inſt. de Excuſ. Tut. vel Curat.*

qui in bello amittuntur, hi enim, cum perpetuo per gloriam vivere intelligantur *(d)*, etiam patri ad excuſationem proſunt. Id vero ſingulare plane & rigoroſum videtur, quod in bello cæſi non dicantur, qui extra aciem in obſidione forte aut alias coram hoſte ac in expeditione conſtituti occubuere; ſed tantum qui in prælio amittuntur; cum alioquin favor militibus conceſſus ſeſe extendat ad omnes quatenus militant, & in caſtris degunt, vel coram hoſte verſati innumeris exponuntur periculis *(e)*, & in aprico ſit vocem Bellum: non ſpecialem bellicum actum, pugnam, aut prælium, ſed totum ſtatum quo vel hoſtem aggredimur vel aggreſſorem repellimus, communiter denotare, & prælio utplurimum contradiſtingui. Ita Populus Romanus ſi nullo bello, multis licet præliis victus laudatur apud *Livium.* *(f)*

§. III.

Eſt autem illa Lex, quæ Milites in obſidione amiſſos excludit, 18. *D. de Excuſat. Tut.* Secundum quam illi, qui in acie ceciderunt, tantum pro Republ. cadunt; qui vero in obſidione non æque. Minus namque ICto videtur, in obſidione cecidiſſe, quam in acie.

(c) *Pr. Inſt. de Excuſ. Tut. vel Curat. L. 2. C. Qui num. Lib.*

(d) *Pr. Inſt. de Exuſ. Tut. vel Curat.*

(e) *Pr. & §. Inſt. de Milit. Teſt. L. 15. & 17. C. de Teſt. Milit.*

(f) *L. IX. C. XVIII. v. 8.*

acie. Hi ſoli, in bello amiſſi, ad tutelæ excuſationem proſunt: Illi non tam in bello, quam per cauſam belli amiſſi, à tutela non excuſant. Sufficientem autem eſſe hanc rationem ad rigorem excuſandum, mihi perſuadere non poſſum.

§. IV.

Quæ enim ratio, quo minus in obſidione, aut expugnatione, non æque ac in acie amiſſus prodeſſe debeat Patri ad excuſationem à tutela? Certe qui in obſidione amittitur æque ac ille qui in acie perit, pro Republ. moritur, cum boni & communi publici cauſa in urbe ſit, quam defendit, & vel in caſtris ſi urbem aggreditur, vel in oppugnatione, præprimis ſub armis conſtitutus, omnino pro Republ. vitam amittit, & ejusdem conditionis eſſe debet, ac in acie interemptus. Accedit præterea, quod, ut ſupra innui, Leges militibus obſidione cinctis tanquam perſonis privilegiatis permittant teſtari, cur ergo non pariter ad excuſationem à ſuſcipienda tutela prodeſſe debeant ac hi; Niſi ſtatuere velis, non æque glorioſum eſſe militi, poſt mœnia dimicare, vel obſidione lenta cinctũ fame perire, quam in conflictu cum hoſte corpus ſuum pluribus periculis exponere, atque hanc rationem forte moviſſe Imperatores, ut ita deciderent. Hinc Domi pugnans ut Gallus, proverbialiter pro timido ſumitur (*ff*). Sed cum & hæc non adeo ſufficientia ſint, imprimis hodierno tempore, quo

(f) *Lib. IX. Cap. XVIII. v. VIII.*
(ff) *Vid. ERASM. adag.*

quo milites ad locum quendam defendendum deſtinati, fortiter pugnando non minorem gloriam adipiſcantur, quam illi ipſi qui obſident & oppugnant, vel etiam in prœlio cadunt, recentiores Doctores *L.* 18. *D. de Excuſat.* extendunt, ad eum etiam caſum ſi in præſidio occupatus obſeſſæ ab hoſte urbis in eruptione, vel in defenſione ab irrumpentibus hoſtibus occubuit. Pertinet denique huc, quod afflictis nulla amplius addenda ſit afflictio; Parentes enim non minus afflicti ſunt ob mortem filiorum, quos in obſidione, quam eorum, quos in acie amiſerunt; In obſidione ergo interempti, Parentibus æque vacationem à tutela tribuerent, ac in acie perditi.

CAP. V.

Miles teſtator non poteſt ſervum proprium, quem liberum credit, ſine libertate valide heredem inſtituere, & ſi ſine libertate inſtituit, inſtitutio non valet.

§. I.

TEſtamenti formam baſin & fundamentum eſſe heredis inſtitutionem patet ex §. 34. *Inſt. de Leg.* unde etiam teſtamenta vim accipiunt (*a*). In quocunque ergo teſtamento

(1) §. 34. *Inſt. de Legat.*

Digitized by Google

mento heredis inſtitutio deficit, illud jure non ſubſiſtit & nullum eſt (*b*). Utut autem hæredis inſtitutio ſit de genere permiſſorum & favorabilium, non tamen teſtantibus, quoscunque voluerint, heredes ſcribere permiſſum, ſed habilitas perſonarum in heredum inſtitutione eſt attendenda. Sic inſtitui prohibentur ob capiendi inhabilitatem Deportati (*c*), Apoſtatæ & Hæretici (*d*), Filii reorum perduellionis (*e*), ſervi pœnæ (*f*), Peregrini (*g*). Requiritur ergo ut, qui heredes ſcribuntur ex teſtamento aliquid capere poſſint, quamvis ipſi teſtamenta condere nequeant. Habiles autem ſunt omnes, cum quibus eſt teſtamenti factio paſſiva (*h*). Atque ita cum furioſo & muto & poſthumo & infante & filio familiâs & ſervo teſtamenti factio eſſe dicitur (*i*).

§. II.

(b) *L. 3. in f. D. de His quæ in Teſt. del.*

(c) *L. 1. C. de Hered. Inſtituend.*

(d) *L. 3. C. de Apoſt. L. 4. C. de Hæret.*

(e) *L. 5. §. 1. C. ad Leg. Jul. Maj.*

(f) *L. 3. D. de His, quæ pro non ſcript. hab. L. 17. pr. D. de Pœn.*

(g) *L. 6. §. 2. D. de Hered. Inſtit. L. 1. C. Eod.*

(h) *§. 4. Inſt. de Hered. qual. & diff L. 49. §. 1. D. de Hered. Inſtit. §. 4. Inſt. Eod. & L. 16. pr. D. Qui teſt. fac. poſſ.*

(i) *§. 4. Inſt. de Hered. qual. & diff. L. 49. §. 1. L. 31. L. 64. D. de Hered. Inſtit.*

Digitized by Google

§. II.

Inter habiles perſonas etiam referri ſervos, in paragrapho præcedenti dictum. Hinc paganus teſtator ſervum vel proprium vel alienum heredem ſcribere poteſt. Aienum quidem ad eum effectum, ut hæreditatem domino, in cujus eſt poteſtate, cujuſque juſſu eam adit, acquirat; Proprium autem, ut non tantum heres fiat, ſed etiam ut poſt mortem teſtatoris protinus libertatem conſequatur (*k*). Non tamen opus eſt, ut expreſſis verbis in teſtamento liber nominetur, ſed ſufficit ſimplex heredis inſtitutio; & hoc ob favorem tum libertatis, tum teſtantium, quorum ultimæ voluntates aliâs ob inhabilitatem heredis inſtituti non valerent. Recte enim ſic argumentamur, qui vult conſequens cenſetur etiam voluiſſe antecedens, ſi utrumque ſit in ejus poteſtate (*l*). Qui igitur ſervum voluit heredem ſuum, cenſetur etiam voluiſſe liberum, quia potuit ei libertatem dare, & quia ſervus ſine libertate non potuit eſſe heres.

§. III.

Ex hoc itaque, quod Leges intuitu teſtamentorum, paganis etiam non privilegiatis hunc favorem concedant, ne teſtamenta eorum, ob deficientem heredis inſtitutionem, ſine qua teſtamentum

D nullum

(k) §. 1. *Inſt. de Hered. qual. & diff.*
(l) *Arg. L. 2. D. de Juriſdict.*

Digitized by Google

nullum eſt (*m*) corruant, & ſic per conſequens ab inteſtato decedere cogantur, facile patet, quanto à Legiſlatore Romano teſtantes digni habeantur favore, omni ſtudio eo allaborante, ut ultima civium elogia exitum atque effectum ſortiantur. Sed quo favorabiliores hoc in caſu Leges ſunt erga paganos, eo magis odioſas ſeſe præbent erga milites, tanquam perſonas ratione teſtamentorum alias inſignibus privilegiis ſuperbientes. Denegant nimirum Teſtamento Militis ſervum proprium ſine libertate, quia liberum eum crediderat, heredem ſcribentis, vim atque effectum omnem, dumque illud contra varias Juris regulas penitus annullant, non parum certe rigoris erga milites oſtendunt, dum è contrario in Teſtamento paganorum errorem circa ſtatum perſonæ à Teſtatore commiſſum excuſant, & ipſum actum ſuſtinent ac ſi hic error non adfuiſſet (*n*).

§. IV.

Apparet hoc ex *L.* 13. §. 3. *D. de Teſt. Milit.* ſic habente: ſi ſervum proprium, quem liberum crediſſet, miles heredem ſine libertate inſtituit, in ea conditione eſt, ut inſtitutio non valeat, ubi nulla quidem ab Ulpiano additur ratio, ſed Gothofredus in Notis illam in *L.* 5. *C. de Teſt. Milit.* reperiri aſſerit. Statuitur hic, ut Hereditas & Legata à Milite data,

(m) *L.* 3. *in f. D. de His quæ in Teſt. del.*

(*n*) *V.* §. 7. *Inſt. de Teſt. Ord. & L.* 1. *C. de Teſtam. & quemadm.*

ta, omnibus, quibus relicta ſunt, debeantur ideo, quia inter cætera, quæ militibus conceſſa ſunt, liberum arbitrium, quibus velint, relinquendi permiſſum eſt, niſi lex ſpecialiter eos prohibuerit. Ex quo textu nil aliud evincitur, quam I.^{mo} quod liberior ac laxior ſit militum quam paganorum facultas teſtandi ratione etiam perſonarum, quæ ex Teſtamento capiunt, II.^{do} quod tamen poteſtas illa non ſit plane illimitata & ſine ulla exceptione; ſunt enim quædam hac in re à Legibus factæ prohibitiones. Verum neutrum ex allegatis mihi ſufficiens videtur ad defendendum Ulpiani aſſertum. Non illud, quoniam contrarium potius exinde deducitur, nempe valere quamcunque heredis inſtitutionem à Milite factam ſive ſine libertate ſive cum libertate; Non hoc, cum inquirenti in rationem ſolidam invaliditatis ac prohibitionis reſpondere non ſufficiat, atque dicere; ideo actus aliquis non valet, quia inter prohibitos refertur, ſed neceſſe hic eſt, ut oſtendatur, quamobrem interdictus ſit, quæ nam ſit cauſa inhibitionis.

§. V.

Alio hinc ex fonte rationem Legis haurire, ac conjecturando duntaxat inveſtigare fortaſſe licebit; Notum nimirum eſt, Legiſlatorem Romanum eo præſertim in tuendis Militum Teſtamentis reſpexiſſe, ut

Digitized by Google

heredem nominaverat, non libertatem, ſed ſolam hereditatem concedere voluiſſe cenſetur; Verum cum (uti ipſe non diffiteor) & hæc nimium ſubtilis & cordato ICto, præſertim noſtri temporis, jejuna omnino videri poſſit ratio, unicum refugium reſtat in *Lege 20. D. de Legibus* quærendum.

CAP. VI.

Hereditas materna a filio milite acquiſita non pertinet ad peculium caſtrenſe, etiamſi mater in Teſtamento dixerit ſe velle, ut pertineat.

§. I.

NOn parum ut favoris ita valoris Legiſlatorem Romanum attribuiſſe teſtantium voluntatibus, paſſim ex variis Juris textibus videre eſt. Sic ultima hominum elogia & judicia, tanquam Leges conſideranda veniunt in *Nov. XXII. c. 2.* accurate obſervanda & ſancte ſervanda (*a*), in omnibus dominari volunt diverſa loca (*b*). Hinc

(a) *Per L. 127. D. de Legat. & Fideicom. I. L. 11. §. 19. D. de Legat. III. L. un. C. de Caduc. toll.*

(b) *L. 23. §. 1. C. de Legat. L. 16. circa fin. C. de Fideic. L. 95. & 113. §. 1. D. de Leg. I.*

Hinc nulla ultima voluntas legitime condita reprobanda (*c*). Nec etiam verbis & ſenſui, ſed veræ teſtatoris menti favendum (*d*). Accedit quod voluntates teſtantium ſemper ita ſint explicandæ, reſtringendæ, aut ampliandæ, ut exinde commodum potius quam detrimentum ſentiat heres, pro cujus favore ordinarie præſumendum (*e*), utque eædem exitum ſuum & effectum ſortiri poſſint.

§. IV.

Ob favorem itaque ultimis voluntatibus conceſſum, multa valent, quæ alias ſtricto Jure non valerent, omniq; deſtituerentur effectu. Exempla ſunt in §. 25. *& 27. Inſt. de Legat. pr. Inſt. de Leg. Falcid. & L. 1. pr. D. Eod.* §. 7. *Inſtit. de Fideicom. Heredit. L. 9. C. ad Leg. Falcid.* Unde non poſſum, quin rigoris alicujus arguam Leges illas, quæ matris teſtatricis voluntatem in favorem & commodum filii militis conditam agnoſcere nolunt. Hic tamen non loquor de teſtamento, quod injuſtum audit, quoniam forte requiſita neceſſaria in eo deficiunt, hoc enim teſta-

(c) *L. 2. C. Commun. de Legat. & Fideic. Nov. 22. C. 2. &* 44. *in fin.* §. 34. *Inſt.* de Legat.

(d) §. 2. *Inſt. de Legat. L.* 48. *D. de Legat. I. L.* 16. *D. de Dot. præleg. L.* 3. §. 9. *D. de Adim. & transf. Leg. L. 7. §. 2. D. de Suppell. leg. L. 18. C. de Teſt.*

Digitized by Google

mentum Leges merito, ut nullum, reſpuunt; ſed de tali teſtamento ſermo mihi eſt, in quo mater adhibitis omnibus ad teſtamentum ſolenne neceſſariis requiſitis, filium heredem inſtituit, hereditatemque ad peculium caſtrenſe pertinere contendit; & de tali teſtamento nunc quæritur: An voluntas in illo legitime expreſſa ac perſpicue declarata rata ſit habenda, an vero in totum reprobanda?

§. III.

Pro conſervanda matris voluntate faciunt ea, quæ ſuperius annotavi, ex variis Juris Regulis ac textibus deprompta; nihilominus tamen contrarium affirmat Imperator ALEXANDER & cum eo JUSTINIANUS in *Lege I. Cod. de Caſtr. Pec.* vi cujus matris hereditas, quamvis in Militia delata ſit, ad peculium caſtrenſe non pertinet; Id quod amplius extenditur à ICto in *L.8. D. de Caſtr. Pec.* ut ne quidem peculio caſtrenſi aggregetur, in caſu, ſi teſtatrix nominatim expreſſerit, ſe velle, ut filius illam in caſtrenſi peculio habeat. Cujus aſſertionis fundamentum in eo ponitur, partim quod mater filio non ex caſtris nota, aut affectione erga Militiam donaſſe cenſenda ſit, partim quia veritatem magis quam id, quod quis finxit, ſpectare debemus. Quouſque autem valeant hæ rationes, & an aliquid faciant ad oſtendendam rigoris hujus æquitatem, paucis nunc videbo.

§. IV.

§. IV.

Prius fundamentum corroboratur ex *L. all.* 1. & 4. *C. de Caſtr. Pec.* Ubi occaſio militiæ, per quam miles aliquid acquirit, ſola attenditur, quæ in matre non militante ceſſat, in Commilitone autem ſive fratre ſive alio adfuiſſe cenſetur. Verum non tanti momenti hoc argumentum erit, ut in contrarias me ducat partes. Dabo enim, matrem filio militi non eſſe notam ex militia, (quamvis & hoc aliquando fieri poſſit) quid inde? an ideo neceſſario infertur; ergo mater non donavit filio ſuo ex affectione erga militiam, aut non occaſione militiæ. Ego ſane veritatem & neceſſitatem hujus conſequentiæ eo minus agnoſco, quo certius mihi perſuaſum habeo, ſexcentos poſſe dari caſus, ubi quis beneficio mactat militem, intuitu militiæ & amore, quo donans erga illam fertur, ductus, etiamſi ipſe miles non ſit, nec caſtra ſequatur. Quis vero negaverit beneficium tale occaſione militiæ, ſi non dantis, attamen accipientis collatum fuiſſe, per conſequens recte referri ad peculium caſtrenſe. Præprimis cum adſit hic clara voluntas & deſtinatio dantis, ut res donatæ rebus militaribus annumerentur, licet ipſæ per ſe militares non ſint. Quæ deſtinatio & cauſa finalis, quam intendimus, in aliis Juris materiis ſufficit ad conditionem & naturam civilem rei mutandam & ad fin-

Digitized by Google

riis, res quam maxime mobiles, immobilibus rebus accenſentur, ex ea tantum ratione, quod perpetui uſus gratia paratæ ſint, aut quod deſtinatæ fuerint ad id, ut ibi tanquã immobiles in diverſorio maneant (*f*). Imo ratione ipſorum peculiorum hæc quoque obtinent; Etiamſi enim res filio intuitu patris ab aliquo donata neutiquam ex re patris proficiſcatur, ſed aliunde, nihilominus inter profectitia refertur bona (*g*) ideo, quia donans filio intuitu patris cenſetur deſtinaſſe patri & voluiſſe, ut quaſi à patre proveniens ad peculium profectitium pertinere ſimuletur. Ex quibus porro etiam debilitas poſterioris argumenti à ſectanda veritate & vitanda fictione deſumpti cuilibet in oculos incurrit, qua ulterius refutanda brevitatis cauſa ſuperſedeo.

§. V.

Plura equidem de hâc materia adduci potuiſſent; ſed cum animus non fuerit, omnes rigores Legum erga milites recenſere, brevitatis cauſã filum hic abrumpo, alia, quæ proferri queant, aliis relinquens.

SOLI DEO GLORIA.

(f) *L. 242. D. de V. S.*
(g) *Per L. 5. §. 2. D. de Jure Dot. L. 45. §. 4. D. de Adquir. vel omitt. heredit.*

COROL-

Digitized by Google

COROLLARIA.

I.

Teſtamentum aliquando etiam contra teſtantis voluntatem valet.

II.

Ex paragrapho ult. Inſt. deCodicill. non probatur, fœminas poſſe teſtes eſſe in Co-

Digitized by Google

III.

Milites militantes male a quibusdam accipiuntur pro militibus ſtationariis.

IV.

Cur & favor & rigor LL. Rom. erga Milites hodie in quibusdam ceſſet, rationes plures dari poſſunt.

F I N I S.

VA 115 215 63

Digitized by Google